



**Oberlandesgericht
Celle**

Oberlandesgericht Celle

Im Namen des Volkes

Urteil

13 U 203/07
8 O 11/07 Landgericht Stade

Verkündet am
29. Mai 2008
Tissen,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

Beklagter, Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagter,
Prozessbevollmächtigte:

Geschäftszeichen:

gegen

Klägerin, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin,
Prozessbevollmächtigte:

hat der 13. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Celle unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters am Oberlandesgericht Dr. Knoke, des Richters am Oberlandesgericht Bormann und der Richterin am Oberlandesgericht Rieke auf die mündliche Verhandlung vom 13. Mai 2008 für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil der 8. Zivilkammer (Kammer für Handelssachen) des Landgerichts Stade vom 29. Oktober 2007 abgeändert und die Klage abgewiesen.

Die Hilfsanschlussberufung der Klägerin wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Der Streitwert im Berufungsverfahren wird auf 30.000 € festgesetzt.

Gründe

I.

Die Klägerin, eine Hörgeräteakustikermeisterin mit Betrieben in _____, nimmt den in _____ niedergelassenen beklagten HNO-Arzt auf Unterlassung, Auskunft und Schadensersatz in Anspruch, weil er angeblich regelmäßig Patienten mit Verordnungen zur Hörgeräteversorgung an die seit September 2004 bestehende Filiale der Firma _____ in _____ verweise.

Die Zeugen _____ und _____ führten am 30. Mai 2006, die Zeuginnen _____ und _____ am 13. November 2006 einen Testbesuch bei dem Beklagten

durch. Der Inhalt der dabei zwischen den Zeugen und dem Beklagten geführten Gespräche zur Hörgeräteversorgung ist zwischen den Parteien streitig.

Die Klägerin hat behauptet, der Beklagte, der sich - unstreitig - zunächst als Aktionär an der Firma _____ beteiligt hatte, halte noch heute Aktien dieser Firma. Dass Patienten des Beklagten sie - die Klägerin - nicht mehr mit dessen Verordnungen aufsuchten, beruhe darauf, dass der Beklagte seine Patienten, soweit sie nicht ausdrücklich selbst einen anderen Hörgeräteakustiker benennen, ausschließlich dem Geschäft der _____ in _____ zuweise. Sachliche Gründe für diese Verweisung lägen nicht vor.

Die Klägerin hat beantragt,

1 a) den Beklagten zu verurteilen, es zu unterlassen, Patienten an Geschäfte der _____ - insbesondere das Geschäft der _____ in _____ - mit Verordnungen zur Versorgung mit Hörgeräten zu verweisen, solange er mittelbar oder unmittelbar Aktien oder andere gesellschaftsrechtliche Beteiligungen an diesem Unternehmen hält.

1 b) hilfsweise, den Beklagten zu verurteilen, es zu unterlassen, Patienten an Geschäfte der _____ - insbesondere das Geschäft der _____ in _____ - mit Verordnungen zur Versorgung mit Hörgeräten zu verweisen, falls dies im Zusammenhang damit geschieht, dass er von den Patienten zuvor einen Ohrabdruck genommen hat und/oder den Patienten mitteilt, dass dieser Abdruck unmittelbar von ihm der Filiale der _____ zugeleitet werde, solange er mittelbar oder unmittelbar Aktien oder andere gesellschaftsrechtliche Beteiligungen an diesem Unternehmen hält,

1 c) hilfsweise, den Beklagten zu verurteilen, es zu unterlassen, Patienten an Geschäfte der _____ - insbesondere das Geschäft in _____ - mit Verordnungen für Hörgeräte zu verweisen, solange er Aktien oder sonstige gesellschaftsrechtliche Beteiligungen an diesem Unternehmen hält, ohne die Pa-

tienten darauf hinzuweisen, dass er an der _____ als Aktionär bzw. in anderer Form gesellschaftsrechtlich beteiligt ist.

1 d) hilfsweise,

den Beklagten nach Maßgabe der Anträge 1 a) bis 1 c) mit der Maßgabe zur Unterlassung zu verurteilen, „solange er oder nahe Verwandte Aktien oder sonstige gesellschaftsrechtliche Beteiligungen an der _____ halten“.

1 e) hilfsweise,

den Beklagten zu verurteilen, es zu unterlassen, Patienten an Geschäfte der _____ - insbesondere das Geschäft der _____ in _____ - mit Verordnungen zur Versorgung mit Hörgeräten zu verweisen, sofern dafür kein hinreichend sachlicher Grund vorliegt und/oder die Patienten nicht darüber aufgeklärt werden, dass dieselbe Versorgungsleistung auch durch alle anderen Hörgeräteakustiker in _____ erbracht werden kann,

1 f) hilfsweise

den Beklagten zu verurteilen, es zu unterlassen, Patienten an Geschäfte der _____ - insbesondere das Geschäft der _____ in _____ - mit Verordnungen zur Versorgung mit Hörgeräten zu verweisen, sofern dafür kein hinreichend sachlicher Grund vorliegt und/oder die Patienten nicht darüber aufgeklärt werden, dass dieselbe Versorgungsleistung auch durch alle anderen Hörgeräteakustiker in _____ erbracht werden kann, falls dies im Zusammenhang damit geschieht, dass der Beklagte den Patienten einen Ohrabdruck abnimmt und/oder mitteilt, dass dieser Abdruck unmittelbar der Filiale der _____ zugeleitet werde,

2. dem Beklagten für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die Unterlassungsverpflichtungen zu Ziffer 1) Ordnungsgeld und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten anzudrohen, wobei das einzelne Ordnungsgeld den Be-

trag von 250.000 € und die Ordnungshaft insgesamt zwei Jahre nicht übersteigen darf,

3. festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtlichen durch die zu Ziffer 1) bezeichneten Handlungen entstandenen und noch entstehenden Schaden zu ersetzen,

4. der Klägerin Auskunft zu erteilen zu den unter Ziffer 1) bezeichneten Handlungen durch Angabe der Zahl der Patienten, die er seit Zeichnung von Aktien der _____ unter Verordnung eines Hörgerätes an ein Geschäft dieses Unternehmens verwiesen hat.

Der Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

Er hat die Einrede der Verjährung erhoben und dazu vorgetragen, die Klageansprüche, insbesondere die mit der Klagenweiterung geltend gemachten Anträge zu Ziffer 1 e) und 1 f), seien zumindest insoweit verjährt, als sie sich auf Handlungen bezögen, die im Rahmen des Testbesuchs des Patienten _____ angeblich erfolgt seien. Ferner hat er behauptet, seit dem 4. November 2004 nicht mehr als Aktionär im Aktionärsregister der Firma _____ eingetragen zu sein. Er habe seine Anteile per Kauf- und Übertragungsvertrag an seinen Vater veräußert. Auf ihren ausdrücklichen Wunsch hin informiere er seine Patienten über die Möglichkeiten einer Hörgeräteversorgung. Dabei nenne er die verschiedenen vor Ort tätigen Hörgeräteakustiker, ohne irgendeine Präferenz zu äußern. Er überlasse seinen Patienten die freie Entscheidung und versuche, sie in keiner Weise durch unsachliche oder unzutreffende Aussagen zu beeinflussen.

Bei Fragen nach den Kosten teile er seinen Patienten mit, dass seinen bisherigen Erfahrungen zufolge das Preis-Leistungsverhältnis bei der _____ am Besten gewesen sei, da die Hörgeräteversorgung dort mit der geringsten Zahlung erfolge. Im Gegensatz zu den anderen ortsansässigen Betrieben und insbesondere zur Klägerin sei dort keine Tendenz zur Überversorgung durch Verkauf eines Modells der oberen Preisklasse anstatt des benötigten Kassenmodells fest-

zustellen. Auch bezüglich der Qualität der Versorgung habe er mit der Filiale von in gute Erfahrungen gemacht, die vor allem auf der besonderen Kompetenz des vormals bei der Klägerin beschäftigten Hörgeräte-
meister zurückzuführen seien. Für die Wahl des vom ihm bevorzugten verkürzten Versorgungsweges, der in nur von der angeboten werde, sprächen auch medizinische Gründe. Bei dem durch ihn vorzunehmenden Ohrenabdruck erfolge eine gründliche Reinigung des Gehörganges durch eine Ohrspülung, die als medizinische Leistung nur einem Arzt möglich sei. Der Hörgeräteakustiker könne dagegen nur den Gehörgang mit Wattestäbchen reinigen, was die Gefahr einer Beschädigung des Trommelfells, einer Verletzung der Gehörgangshaut sowie der Verschiebung des Ohrenschmalzes in die Tiefe des Gehörganges mit sich bringe.

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung des Zeugen und der Zeuginnen und Wegen der Einzelheiten der Beweisaufnahme wird auf den Inhalt der Sitzungsniederschriften vom 25. April 2007 und vom 8. Oktober 2007 Bezug genommen. Das Landgericht hat unter Abweisung der Klageanträge zu Ziffer 1 a) bis 1 d) dem Unterlassungsantrag zu Ziffer 1 e) unter Androhung gesetzlicher Ordnungsmittel sowie dem Auskunfts- und Feststellungsantrag im vollem Umfang stattgegeben und zur Begründung ausgeführt, eine etwaige Beteiligung des Beklagten verstoße zwar weder gegen die Vorschriften der Niedersächsischen Berufsordnung für Ärzte noch sei sie ansonsten wettbewerbsrechtlich unzulässig. Ein Verstoß gegen §§ 3, 4 Nr.11 UWG i. V. m. § 34 Abs 5 Nds. BOÄ liege aber darin, dass der Beklagte nach den glaubhaften Bekundungen der Zeugen Verweisungen an die Firma ohne Mitteilung eines sachlichen Grundes vorgenommen habe

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung des Beklagten, mit der er seinen erstinstanzlichen Klagabweisungsantrag weiter verfolgt. Er wiederholt und vertieft sein erstinstanzliches Vorbringen und trägt weiter vor, die im Verlauf des Rechtsstreits geltend gemachten Hilfsanträge seien wegen seines Widerspruchs unzulässig. Die damit verfolgten Ansprüche seien in jedem Fall verjährt. Entgegen der Ansicht des Landgerichts setze eine zulässige Verweisung im Sinne des § 34 Abs. 5 Nds. BOÄ nur die Vorlage eines sachlichen Grundes, nicht aber dessen

Mitteilung gegenüber den Patienten voraus. Die von ihm bereits benannten Gründe rechtfertigten seine Empfehlung. Darüber hinaus würden in der ausgesprochenen Unterlassungsverfügung auch nach Berufsrecht zulässige Handlungen unter- sagt, weil neben der Vorlage des eine Verweisung rechtfertigenden Grundes zu- sätzlich noch ein Hinweis auf andere Anbieter verlangt werde.

Der Beklagte beantragt,

das Urteil des Landgerichts Stade vom 29. Oktober 2007 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung des Beklagten zurückzuweisen,

hilfsweise,

die Berufung mit der Maßgabe zurückzuweisen, den Beklagten zu verurtei- len, es zu unterlassen, Patienten an Geschäfte der _____, insbe- sondere das Geschäft der _____ in _____, mit Verordnungen zur Versorgung mit Hörgeräten zu verweisen, sofern in jedem Einzelfall nicht ein hinreichend sachlicher Grund wie unmittelbar auf dem Gebiet der Medizin liegende Vorteile, die Qualität der Versorgung, schlechte Erfahrun- gen bei anderen Leistungserbringern, die Gründe der Wirtschaftlichkeit der Versorgung, Alter oder Behinderung von Patienten vorliegt und benannt wird und/oder die Patienten nicht darüber aufgeklärt werden, dass dieselbe Versorgungsleistung auch durch alle anderen Hörgeräteakustiker in _____ erbracht werden kann,

weiter hilfsweise,

die Berufung zurückzuweisen mit der Maßgabe, den Beklagten zu verurtei- len, es zu unterlassen, Patienten an Geschäfte der _____ insbe- sondere das Geschäft der _____ in _____, mit Verordnungen zur Versorgung mit Hörgeräten zu überweisen, wenn nicht einer der folgen- den Gründe vorliegt: unmittelbar auf dem Gebiet der Medizin liegende Vor- teile, die Qualität der Versorgung, schlechte Erfahrungen bei anderen Leistungserbringern, Gründe der Wirtschaftlichkeit der Versorgung, Alter

oder Behinderung von Patienten, und dieser Grund auch benannt wird und/oder die Patienten nicht darüber aufgeklärt werden, dass dieselbe Versorgungsleistung auch durch alle anderen Hörgeräteakustiker in erbracht werden kann

Für den Fall, dass diesen Anträgen nicht entsprochen wird, beantragt die Klägerin,

den Beklagten unter Abänderung der landgerichtlichen Entscheidung nach den in erster Instanz zuletzt gestellten Anträgen zu Ziffer 1 a) bis 1 d) und 1 f) zu verurteilen,

Der Beklagte beantragt,
sämtliche Hilfsanträge zurückzuweisen.

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil. Sie wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen, insbesondere zu den vom Beklagten angeführten sachlichen Gründen. Sie ist der Auffassung, es sei unerheblich, ob diese tatsächlich vorgelegen hätten, da sie gegenüber den Patienten nicht benannt worden seien.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils Bezug genommen

II.

Die Berufung des Beklagten ist zulässig und begründet, während die zulässige Hilfsanschlussberufung der Klägerin in der Sache keinen Erfolg hat.

A. Die Berufung des Beklagten ist begründet.

1. Der erstinstanzlich erfolgreiche Hilfsantrag zu Ziffer 1 e) sowie der erste dazu formulierte Hilfsantrag (... sofern in jedem Einzelfall nicht ein hinreichender sachlicher Grund wie ...) sind ebenso wie der Hilfsantrag zu Ziffer 1 f), der mit der

Berufung des Beklagten ohne weiteres dem Berufungsrechtszug angefallen ist (vgl. BGHZ 41, 38, 39) und über den wegen der Unzulässigkeit der beiden vorgenannten Klageanträge sowie der Unbegründetheit (vgl. nachfolgend unter A. 2. b) des zweiten hilfsweise zum (Hilfs-)Klageantrag zu Ziffer 1 e) erhobenen Antrags (... wenn nicht einer der nachfolgenden Gründe vorliegt...) ebenfalls zu entscheiden ist, bereits unzulässig.

a) Entgegen der Auffassung der Berufung ist für die Zulässigkeit der im Verlauf des Rechtsstreits erhobenen Hilfsanträge der Klägerin zu Ziff. 1 e) und 1 f) im Berufungsverfahren allerdings unerheblich, ob sie - wie vom Landgericht angenommen - als Ergänzung des ursprünglichen Begehrens i. S. d. § 264 Nr. 2 ZPO oder als nachträgliche Klageerweiterung anzusehen sind, welcher der Beklagte widersprochen hat. Die Entscheidung, dass es sich bei den nachträglich geltend gemachten Hilfsanträgen zu Ziff. 1 e) und 1 f) nicht um eine Klageänderung (§ 264 ZPO) handelt, ist ebenso wie eine Entscheidung, mit der die Klageänderung nach § 263 ZPO für zulässig erachtet worden wäre, gem. § 268 ZPO nicht anfechtbar. Auch die im Rahmen des Berufungsverfahrens geltend gemachten weiteren Hilfsanträge zum Antrag Ziffer 1 e) sind gemäß § 264 Nr. 2 ZPO zulässig.

b) Die dargestellten Anträge sind mit Ausnahme des zweiten in der mündlichen Verhandlung formulierten Hilfsantrags zum Antrag Ziff. 1 e) deshalb als unzulässig abzuweisen, weil sie nicht hinreichend bestimmt im Sinn des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO sind

aa) Ob ein Antrag den Bestimmtheitsanforderungen des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO genügt, stellt eine von Amts wegen in jeder Instanz zu prüfende Prozessvoraussetzung dar (vgl. BGH, Urteil vom 11. Mai 2000 - I ZR 28/98, GRUR 2000, 1076, 1078 „Abgasemission“ m. w. N.). Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO darf ein Unterlassungsantrag und nach § 313 Abs. 1 Nr. 4 ZPO eine darauf beruhende Verurteilung nicht derart undeutlich gefasst sein, dass der Streitgegenstand und der Umfang der Prüfungs- und Entscheidungsbefugnis des Gerichts nicht mehr klar umrissen sind, sich der Beklagte deshalb nicht erschöpfend verteidigen kann und im Ergebnis dem Vollstreckungsgericht die Entscheidung darüber überlassen bleibt, was dem Beklagten verboten ist (BGH, Urteil vom 24. November 1999 -

I ZR 189/97, GRUR 2000, 438, 440 „gesetzeswiederholende Unterlassungsanträge“, BGH, Urteil vom 11. Mai 2000 - I ZR 28/98, GRUR 2000, 1076, 1078 „Abgasemission“ sowie BGH, Urteil vom 4. September 2003 - I ZR 23/01, GRUR 2004, 151, 152 „Farbmarkenverletzung I“).

bb) Diesen Anforderungen genügen die beiden (Hilfs)-Anträge zu Ziff. 1 e) und 1 f) wegen der Verwendung des unbestimmten Begriffs „ohne hinreichend sachlichen Grund“ nicht. Zwar ist es nicht grundsätzlich unzulässig, in einem Klageantrag auslegungsbedürftige Begriffe zu verwenden. Ein Klageantrag, der sich auf die Wiederholung der Tatbestandsmerkmale des Gesetzes, auf das er sich stützt, beschränkt, ist aber grundsätzlich unbestimmt (BGH, Ur. v. 24. Nov. 1999 - I ZR 189/97, GRUR 2000, 438, 440 „gesetzeswiederholende Unterlassungsanträge“ m. w. Nachw.). Hier ist es nicht allgemein und nach unzweifelhaften Maßstäben feststellbar, wann ein „hinreichend sachlicher Grund“ im Sinne des § 34 Abs 5 (korrekt: „hinreichender Grund“) der Berufsordnung der Ärztekammer Niedersachsen (Nds. BOÄ) vorliegt, mithin eine vom Beklagten ausgesprochene Verweisung an die Firma nicht unter das beantragte Unterlassungsgebot fällt und damit wettbewerbsrechtlich zulässig ist

Entgegen der Auffassung der Klägerin ergibt sich keine andere Beurteilung deswegen, weil der Anwendungsbereich des § 34 Abs.5 Nds. BOÄ durch die Rechtsprechung hinreichend geklärt ist. In den maßgebenden Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (Ur. v. 29. Juni 2000 - I ZR 59/98, GRUR 2000, 1080, 1082 „verkürzter Versorgungsweg“ sowie Urteil v. 15. Nov. 2001 - I ZR 275/99, GRUR 2002, 271, 272 „Hörgeräteversorgung“) werden die für eine Verweisung sprechenden sachlichen Gründe lediglich beispielhaft, nicht aber abschließend genannt. Die Verlagerung dieser schwierigen Abgrenzung in das Vollstreckungsverfahren ist hier auch unter Berücksichtigung des von der Klägerin verfolgten Rechtsschutzinteresses angesichts des Bedürfnisses des Beklagten, nicht einer erheblichen Rechtsunsicherheit ausgesetzt zu sein, nicht hinnehmbar (BGH, Ur. v. 11. Mai 2000 - I ZR 28/98, GRUR 2000, 1076, 1078 „Abgabeemission“; BGH, Ur. v. 4. Sept. 2003 - I ZR 23/01, GRUR 2004, 151, 152 „Farbmarkenverletzung I.“).

cc) Auch der von der Klägerin in der Berufungsinstanz zunächst gestellte Hilfsantrag zum Antrag Ziffer 1 e) genügt den Bestimmtheitsanforderungen des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO nicht und ist daher ebenfalls unzulässig. Zu Recht weist der Beklagte darauf hin, dass die in diesem Antrag aufgeführten sachlichen Gründe lediglich beispielhaft, nicht aber abschließend benannt werden. Damit verbleibt es bei den bereits gegen die (Hilfs-)Anträge zu Ziff. 1 e) und 1 f) dargelegten durchgreifenden Bedenken, die den Bestimmtheitsanforderungen nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO entgegen stehen.

dd) Dagegen ist der weitere von der Klägerin in der mündlichen Berufungsverhandlung formulierte Hilfsantrag als hinreichend bestimmt i. S. des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO anzusehen, weil dort die zur Verweisung berechtigenden Gründe abschließend aufgeführt werden.

2. Der zulässige Hilfsantrag ist jedoch unbegründet.

a) Dies folgt entgegen der Auffassung des Beklagten allerdings nicht daraus, dass etwaige Ansprüche der Klägerin nach diesem Hilfsantrag gemäß § 214 Abs. 1 BGB verjährt sind

Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche gemäß §§ 8,9 UWG verjähren gemäß § 11 Abs.1 und 2 UWG binnen 6 Monate nach ihrer Entstehung und der Kenntnis oder grob fahrlässigen Unkenntnis des Gläubigers von den sie begründenden Umständen und der Person des Schuldners. Diese Kenntnis der Klägerin bestand nach Durchführung der bei den Testbesuchen am 30. Mai 2006 und 13. November 2006 geführten Gespräche zwischen dem Beklagten und den jeweiligen Zeugen, deren Wissen sich die Klägerin gemäß § 166 BGB zurechnen lassen muss (vgl. Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht 26. Aufl. § 11 UWG Rdn. 1.27; OLG Stuttgart WRP 1985, 242, 243).

Die Rechtshängigkeit des weiteren Hilfsantrags zum Klageantrag zu Ziffer 1 e) ist jedoch erst am 13. Mai 2008 (§ 261 Abs. 2 ZPO) und damit knapp 24 bzw. 18 Monate später erfolgt. Im vorliegenden Fall ist für die Verjährung allerdings nicht die Anhängigkeit des erst in der Berufungsinstanz erhobenen Hilfsantrags zum Antrag

Ziffer 1 e), sondern bereits dessen erstinstanzlich erfolgte prozessuale Geltendmachung am 23. März 2007 entscheidend.

aa) Eine Hemmung der Verjährung gem. § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB kann für einen später erhobenen Hilfsantrag bereits mit Geltendmachung des Hauptantrages eingetreten sein, wenn der Hilfsantrag den zuvor als unbestimmt zu beanstandenden Hauptantrag konkretisiert (vgl. BGH, Urt. v. 23. Oktober 1997 - I ZR 123/95, GRUR 1998, 481, 483 „Auto 94“). So liegt der Fall hier.

Die auf Hinweis des Senats erfolgte Formulierung des zweiten Hilfsantrags zu dem bisherigen Klageantrag zu Ziffer 1e) enthält eine Konkretisierung dieses bislang als zu unbestimmt beanstandeten Antrags mit der Folge, dass eine Hemmung gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB bereits mit dessen Anhängigkeit am 23. März 2007 eingetreten ist. Dieser Antrag ist mangels ordnungsgemäßer Zustellung zwar erst durch Antragstellung in der mündlichen Verhandlung vom 5. Juli 2007 rechtshängig geworden. Da der Beklagte aber mündlich verhandelt hat, ohne die fehlende Zustellung zu rügen, ist die unterbliebene Zustellung gem. § 295 Abs 1 ZPO als geheilt anzusehen. Dadurch ist die - für den Testkauf vom 13. November 2006 noch nicht eingetretene - Verjährung des Hilfsanspruchs zu Ziff. 1 e) rückwirkend auf den Zeitpunkt der Einreichung des Schriftsatzes vom 22. März 2007 (Eingang: 23. März 2007) gehemmt worden (BGHZ 25, 67, 75). Dass zwischen Anhängigkeit und Rechtshängigkeit ein Zeitraum von ungefähr 3 ½ Monaten lag, steht der Bewertung der Zustellung als „demnächst“ im Sinne des § 167 ZPO nicht entgegen. Zweck der Rückwirkungsvorschriften ist nämlich, die Partei vor einer von ihr nicht zu vertretenden verzögerlichen Sachbehandlung zu schützen, soweit entgegenstehende schützenswerte Belange der Gegenpartei nicht ersichtlich sind (vgl. BGH, Beschluss vom 28. Februar 2008 - III ZB 76/07, Tz. 12, zitiert nach juris und Urt. v. 16. Dez. 1987 - VIII ZR 4/87, NJW 1988, 1980, 1982 noch zu den §§ 270 Abs. 3, 693 Abs. 2, 696 Abs. 3 ZPO a. F.).

bb) Anders als die Klägerin meint, ist eine Hemmung allerdings nicht schon mit Einreichung der Klageschrift am 30. November 2006 erfolgt. Der zweite Hilfsantrag zum Klageantrag Ziffer 1 e) hat die zunächst gestellten Klageanträge zu Ziffer 1 a) bis 1 d) nicht näher konkretisiert. Er ist - im Gegenteil - als Erweiterung

des ursprünglichen Klagebegehrens anzusehen, da die Klägerin, die zuvor unter Hinweis auf eine Beteiligung des Beklagten an der Firma _____ diesem nur eine Verweisung von Patienten an Geschäfte der _____ untersagen lassen wollte, solange er im mittelbaren oder unmittelbaren Besitz von Aktien dieser Firma ist, ihm nun generell und von seinem Aktienbesitz unabhängig eine Verweisung untersagen lassen will, sofern nicht ein hinreichend sachlicher Grund vorliegt und/oder die Patienten nicht über eine alternative Hörgeräteversorgungsmöglichkeit aufgeklärt werden.

Folglich ist eine Verjährung des Unterlassungsanspruchs in Form des zulässigen Hilfsantrags zum Antrag Ziff. 1 e) zwar hinsichtlich des Testkaufs vom 30. Mai 2006 (Eheleute _____), nicht aber bezüglich des Testkaufs vom 13. November 2006 (Zeuginnen _____ und _____) eingetreten.

b) Der Klägerin steht jedoch kein Anspruch auf Unterlassung in Gestalt des in der mündlichen Verhandlung vom 13. Mai 2008 formulierten zweiten Hilfsantrag zu dem (Hilfs-)Antrag Ziffer 1e) gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Nr. 1, §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i. V. m. § 34 Abs. 5 bzw. § 31 Nds. BOÄ zu. Auch aus den §§ 3, 4 Abs. 1 oder 2 UWG sowie aus den Art. 7 - 9 der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken - und dort insbesondere aus Art. 7 Abs. 1 - folgt keine andere Beurteilung.

aa) Die Unbegründetheit des Klageantrags ergibt sich bereits daraus, dass danach eine Verweisung nicht nur zu unterlassen ist, wenn einer der enumerativ benannten sachlichen Gründe nicht vorliegt, sondern auch dann, wenn ein solcher Grund zwar gegeben ist, aber nicht benannt wird. Für einen derartigen Anspruch fehlt es an einer Anspruchsgrundlage.

(1) Entgegen der Ansicht der Klägerin und des landgerichtlichen Urteils liegt darin kein Verstoß gegen § 34 Abs. 5 Nds. BOÄ.

Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 34 Abs. 5 Nds. BOÄ ist eine Verweisung an bestimmte Hilfsmittelerbringer nur untersagt, wenn sie ohne hinreichenden Grund erfolgt ist, nicht jedoch bereits dann, wenn ein solcher Grund zwar vorlag, bei der

Verweisung dem Patienten aber nicht mitgeteilt wurde. Soweit zum Schutz der Patientenautonomie gefordert wird, dass der für die Verweisung an einen bestimmten Leistungserbringer bestehende sachliche Grund dem Patienten mitgeteilt werden muss, um ihm in Kenntnis dieses Grundes eine eigene Entscheidung zu ermöglichen (vgl. Landgericht Schweinfurth 5 HK O 65/04 - vgl. Bl. 127 d. A.), verkennt dieser Ansatz den Zweck des § 34 Abs.5 Nds. BOÄ. Die dadurch geschützte Wahlfreiheit des Patienten wird nicht unbeschränkt gewährleistet, sondern in zulässiger Weise dann begrenzt, wenn es für die Empfehlung eines bestimmten Leistungserbringer im Interesse des Patienten einen vernünftigen Grund gibt (Ratzel/Lippert, MBO 4. Aufl. § 54 Rdn. 13). Ob ein solcher vorliegt, kann nämlich regelmäßig der Arzt besser beurteilen als sein Patient. Diesem bleibt es jedoch unbenommen, den Grund der Verweisung bei seinem Arzt zu erfragen.

Anders als die Klägerin meint, spricht für ein solches Verständnis des § 34 Abs. 5 Nds. BOÄ auch die vom Bundesgerichtshof in dem ebenfalls zwischen einem Hörgeräteakustiker und einem HNO-Arzt geführten Rechtsstreit aufgestellte Beweislastverteilung. Dort hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, dass es nicht Sache des Arztes ist, dem eine wettbewerbswidrige Empfehlung eines Hilfsmittelerbringers vorgeworfen wird, darzulegen und ggf. zu beweisen, dass seine Empfehlung sachlich begründet war (BGH, Ur. v. 15. Nov. 2001 - I ZR 275/99, GRUR 2002, 271, 273 „Hörgeräteversorgung“). Diese Regelung der Darlegungs- und Beweislastregel geht ebenfalls nur von der Vorlage eines sachlichen Grundes nicht aber von seiner Benennung aus und wäre vor dem Hintergrund, dass der Arzt dem Patienten aufgrund einer berufsrechtlichen Verpflichtung die für seine Verweisung sprechenden Gründe mitteilen müsste, nicht verständlich.

(2) Ein Verstoß gegen § 31 Nds. BOÄ ist in der fehlenden Mitteilung eines sachlichen Grundes für die Verweisung ebenfalls nicht gegeben. Entgegen der Annahme der Klägerin fehlt es bereits an einer Zuweisung im Sinne des § 31 Nds. BOÄ, da den Patienten hier - anders als bei einer Zuweisung an einen konkreten Leistungserbringer - die Entscheidung überlassen bleibt, ob sie entsprechend der Empfehlung des Beklagten eine Hörgeräteversorgung über die Firma wünschen. Insbesondere ist die Abnahme des Ohrenabdrucks in den streitgegenständlichen Fällen erst nach einem Gespräch mit den Testpatienten

ten, der Erörterung einer - von den Patienten nicht gewünschten - wohnortnahen Versorgung und mit deren Einverständnis, bei der Zeugin - sogar erst in einem separaten Termin einige Stunden später, vorgenommen worden

(3) Dafür, dass die fehlende Benennung des für die Verweisung maßgebenden Grundes eine unangemessene unsachliche Einflussnahme oder die Ausnutzung besonderer Umstände durch den Beklagten und damit einen Verstoß gegen die §§ 3, 4 Nr. 1 oder 2 UWG darstellt, ist nichts ersichtlich. Auch aus der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken (vgl. Art.8 und 9) folgt keine solche Verpflichtung. Insoweit liegt entgegen der Auffassung der Klägerin insbesondere kein Verstoß gegen Art.7 Abs.1 dieser Richtlinie vor. Auch die Klägerin halt den Beklagten nicht grundsätzlich zur Aufklärung über die mögliche Hörgeräteversorgung in - für verpflichtet. Sie fordert eine entsprechende Information nur, wenn eine Verweisung an die Firma - erfolgen soll. Ist hierfür aber ein hinreichender Grund gegeben (vgl. § 34 Abs 5 Nds. BOÄ), darf der Arzt an einen bestimmten Leistungserbringer verweisen, ohne seinem Patienten ausdrücklich eine weitere Aufklärung über mögliche Alternativen der Hörgeräteversorgung zu schulden. Ein Fall der Irreführung durch Vorenthalten wesentlicher Informationen ist daher nicht gegeben.

(4) Angesichts der vorstehenden Erwägungen kann dahin stehen, ob die von dem Beklagten vorgetragene hinreichenden Gründe tatsächlich zum Zeitpunkt des Testbesuchs am 13. November 2006 gegeben waren. Dazu ist lediglich festzustellen, dass die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Klägerin (vgl. BGH, Urt. v. 15. Nov. 2001 - I ZR 275/99 -, GRUR 2002, 271, 273 „Hörgeräteversorgung“) insbesondere dem vom Beklagten angeführten medizinischen Grund für seine Präferenz des in - nur von der die Firma - angebotenen verkürzten Versorgungsweges, der darin zu sehen sei, dass eine gründliche Reinigung des Gehörganges durch eine Ölspülung als medizinische Leistung nur durch einen Arzt möglich sei und im Gegensatz zu der vom Hörgeräteakustiker durchgeführten Reinigung des Gehörgangs mit Wattestäbchen die Gefahr einer Beschädigung des Trommelfells, einer Verletzung der Gehörgangshauts, sowie der Verschiebung des Ohrenschmalzes in die Tiefe des Gehörgangs nicht bestehe, nicht substantiiert entgegen getreten ist

bb) Selbst wenn man die Benennung des die Verweisung rechtfertigenden Grundes verlangte, wäre der zulässige Hilfsantrag zum Klageantrag Ziffer 1 e) vorliegend ebenfalls unbegründet. Bei dem hier maßgebenden Testbesuch der Zeuginnen und am 13. November 2006 hat der Beklagte nach den Feststellungen des landgerichtlichen Urteils sachliche Gründe für seine Empfehlung benannt.

(1) Die Zeugin hat nach den Feststellungen im Protokoll vom 8. Oktober 2007 und im landgerichtlichen Urteil ausgesagt, dass bei ihrem Testbesuch der Beklagte den preislichen Vorteil der Firma gegenüber dem Versandhandel und die gute Qualität dort dargestellt hat.

(2) Diese Erwägungen sind als hinreichende Gründe im Sinne des § 34 Abs. 5 Nds. BOA anzusehen. Nach § 34 Abs. 5 Nds. BOA ist die ausdrückliche Empfehlung der Versorgung durch einen bestimmten Hörgeräteakustiker nur gestattet, wenn für diese Verweisung ein hinreichender Grund vorliegt (BGH, Urt. v. 29. Juni 2000 - I ZR 59/98, GRUR 2000, 1080, 1082 „verkürzter Versorgungsweg“ sowie Urteil v. 15. Nov. 2001 - I ZR 275/99, GRUR 2002, 271, 272 „Hörgeräteversorgung“). Ein solcher Grund ist nicht nur dann anzunehmen, wenn der Verweisung unmittelbar auf dem Gebiet der Medizin liegende Vorteile zu Grunde liegen (OLG Celle, Senatsurteil v. 21. Dez. 2006 - 13 U 118/06, GRUR-RR 2007, 109, 110). Vielmehr können den Arzt auch andere sachliche Gründe (z. B. die Qualität der Versorgung, die Vermeidung von zusätzlichen Wegen bei gehbehinderten Patienten, schlechte Erfahrungen mit den ortsansässigen Hörgeräteakustikern) und insbesondere das wirtschaftlich bessere Angebot zu Verweisungen an bestimmte Leistungserbringer berechtigen (BGH, a. a. O.). Insoweit ist der Arzt sogar verpflichtet, bei seiner Abwägung auch die Wirtschaftlichkeit der Versorgung mit zu berücksichtigen (vgl. für Kassenpatienten § 12 Abs. 1, § 70 Abs. 1 SGB V, vgl. dazu BGH, Urt. v. 29. Juni 2000 - I ZR 59/98, GRUR 2000, 1080, 1082 „verkürzter Versorgungsweg“).

(3) Die der Zeugin gegenüber erwähnte gute Qualität der Firma hat der Beklagte überzeugend mit der besonderen Kompetenz des dort

tätigen Hörgeräteameisters und einer langjährigen vertrauensvollen Zusammenarbeit mit ihm begründet, die bereits in der Zeit entstanden sei, als dieser noch bei der Klägerin angestellt war. Diesem Vorbringen ist die Klägerin nicht entgegengetreten mit der Folge, dass von einer guten Qualität der Hörgeräteversorgung bei der Firma in bedingt durch die besondere Fachkompetenz des Hörgeräteakustikermeisters und damit von der Vorlage eines sachlichen Grunde auszugehen ist. Der Hinweis auf den preislichen Vorteil der Firma im Vergleich zum Versandhandel stellt gegenüber den anderen Hörgeräteakustikern in dagegen keinen sachlichen Verweisungsgrund dar.

cc) Unabhängig von den vorstehenden Erwägungen kann der zulässige Hilfsantrag zum Antrag Ziffer 1 e) auch deshalb keinen Erfolg haben, weil er die enumerativ aufgeführten sachlichen Gründen, die eine Verweisung rechtfertigen, zu eng fasst.

Die für eine Verweisung sprechenden Gründe sind - wie bereits dargelegt - nicht auf unmittelbar auf dem Gebiet der Medizin liegende Vorteile beschränkt, sondern erfassen auch andere sachliche Gründe, wie z. B. die Qualität der Versorgung, die Vermeidung von zusätzlichen Wegen bei gehbehinderten Patienten, schlechte Erfahrungen mit den ortsansässigen Hörgeräteakustikern (BGH, Urte. v. 29. Juni 2000 - I ZR 59/98, GRUR 2000, 1080, 1082 „verkürzter Versorgungsweg“ sowie Urteil v. 15. Nov. 2001 - I ZR 275/99, GRUR 2002, 271, 272 „Hörgeräteversorgung“). Hierunter fällt auch der Vorteil, der sich aus einer größeren Bequemlichkeit eines bestimmten Versorgungsweges ergibt (BGH, Urte. v. 29. Juni 2000, a. a. O., OLG Celle, Senatsurteil v. 21. Dez. 2006 - 13 U 118/06, GRUR-RR 2007, 109, 110). Der Umstand der bequemeren Versorgung ist dabei nach Ansicht des erkennenden Senats nicht auf die in dem Hilfsantrag benannten Fälle beschränkt, in denen ein weiterer Weg für die Patienten wegen ihres Alters oder einer Gehbehinderung beschwerlich wäre. Allein die bloße Bequemlichkeit, die darin liegt, dass auch dem nicht gebrechlichen Patienten wegen des sogleich bei seinem Arzt vorgenommenen Ohrabdrucks ein weiterer Weg erspart bleibt, kann hierfür genügen.

dd) Darüber hinaus ist der vorgenannte Hilfsantrag auch deswegen unbegründet, weil die dort vorgesehene Kumulation, wonach eine Verweisung auch untersagt werden soll, wenn „kein hinreichend sachlicher Grund vorliegt und benannt wird und/oder die Patienten nicht über dieselbe Versorgungsmöglichkeit auch durch die anderen Hörgeräteakustiker in _____ aufgeklärt werden“, zu weitgehend ist. Wie bereits ausgeführt, ist eine Verweisung an einen bestimmten Hörgeräteakustiker nicht als wettbewerbswidrig anzusehen, wenn ein sachlicher Grund gegeben ist. Auf die Frage der Aufklärung über dieselben Versorgungsmöglichkeiten in _____, die in solchen Fällen bereits nicht gleichwertig sein könnten, kommt es dann nicht an.

c) Aus den bereits dargestellten Erwägungen stehen der Klägerin auf der Grundlage des in Bezug genommenen weiteren Hilfsantrag zum Klageantrag zu Ziffer 1e) mangels Wettbewerbsverstoßes auch keine Ansprüche auf Feststellung einer Schadensersatzpflicht des Beklagten gemäß § 9 Satz 1 UWG sowie auf Auskunft (§ 3 UWG, § 242 BGB) gegen ihn zu. Gleiches gilt für die Androhung von Ordnungsmitteln nach § 890 ZPO.

B. Die Hilfsanschlussberufung der Klägerin ist unbegründet.

1. Gegen die Zulässigkeit der von der Klägerin eingelegten Anschlussberufung, mit der sie beabsichtigt, die erstinstanzlich abgewiesenen Anträge zu Ziffer 1 a) bis 1 d) nunmehr als (weitere) Hilfsanträge für den Fall zu verfolgen, dass die gegen die Verurteilung auf dem Antrag zu Ziff. 1 e) gerichtete (Haupt-)Berufung des Beklagten erfolgreich sein sollte, bestehen keine Bedenken. Da die unselbständige Anschlussberufung von innerprozessualen Vorgängen abhängig gemacht werden kann, ist es zulässig, sie unter die Bedingung des Erfolgs des Hauptrechtsmittels zu stellen (vgl. BGH, Urteil vom 19. Januar 2001 - V ZR 437/99, NJW 2001, 1127, 1131 m. w. N.). Über den ebenfalls mit der Hilfsanschlussberufung geltend gemachten Antrag zu Ziffer 1 f) war wegen des Wegfalls der innerprozessualen Bedingung bereits im Rahmen der Berufung (vgl. unter A. 1. b) zu entscheiden, ohne dass es eines besonderen Antrags oder des Anschlussrechtsmittels des Klägers bedurfte (BGHZ 41, 38, 39)

2 Die Hilfsanschlussbegründung hat in der Sache keinen Erfolg.

Der Klägerin steht auch nach den erstinstanzlich abgewiesenen Klageanträgen zu Ziffer 1 a) bis Ziffer 1 d), die sämtlich den Besitz von Aktien oder anderer gesellschaftsrechtlicher Beteiligungen des Beklagten [Anträge zu Ziffer 1 a) bis und 1 c)] oder eines nahen Verwandten [Antrag zu Ziffer 1 d)] voraussetzen, kein Unterlassungsanspruch gegen den Beklagten zu

a) Insbesondere hätte der Beklagte nicht gegen §§ 3, 4 Nr.11 UWG i.V.m. § 34 Abs.5 Nds. BÖA verstoßen, wenn er oder nahe Angehörige - wie von der Klägerin behauptet - zum Zeitpunkt des Testbesuchs am 13. November 2006 noch Aktien der Firma oder eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung an diesem Unternehmen gehalten hätten.

aa) Die Zusammenarbeit eines als HNO-Arzt mit einem Hörgeräteakustiker und seine Einbindung in die Abgabe von Hörgeräten im sog. verkürzten Versorgungsweg ist nicht wettbewerbsrechtlich unlauter (BGH, Urt. v. 29. Juni 2000 - I ZR 59/98, GRUR 2000 1080, 1081 f. „verkürzter Versorgungsweg“ sowie Urteil v. 15. Nov. 2001 - I ZR 275/99, GRUR 2002, 271, 272 „Hörgeräteversorgung“). Durch die Zusammenarbeit mit der Firma nutzt der Beklagte weder sein Vertrauensverhältnis zu seinen Patienten noch seine fachärztliche Autorität aus, auch wenn er dadurch den Umsatz der Firma mit Hörgeräten fördert und seine eigenen Einnahmen erhöht. Seine Einbindung in dieses Geschäftsmodell wäre auch dann berufsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn der Beklagte mit Aktien an der Firma beteiligt wäre (vgl. OLG Köln, GRUR 2006, 600, 601). Insbesondere kann ihm deswegen nicht eine aus sachlichen Gründen gebotene Verweisung untersagt werden.

bb) Ausgehend von diesen Grundsätzen ist weder eine (etwaige) Aktienbeteiligung des Beklagten oder eines nahen Verwandten an der Firma oder seine Einbindung in den verkürzten Versorgungsweg noch die Kombination dieser beiden Komponenten als Verstoß gegen § 34 Abs. 5 Nds. BÖA und damit als wettbewerbswidrig im Sinne d. § 4 Nr. 11 UWG anzusehen. Auch ist der Beklagte bei Vorlage eines die Verweisung rechtfertigenden hinreichenden Gründe

im Sinne des § 34 Abs.5 Nds. BOÄ nicht - wie in dem Klagantrag zu Ziffer 1 c) gefordert - zu einem Hinweis auf seine aktien- bzw. gesellschaftliche Beteiligung oder die naher Verwandter, soweit er von dieser überhaupt Kenntnis hat, verpflichtet. Sofern ein hinreichender Grund für die Verweisung besteht, der naturgemäß nicht in der finanziellen Beteiligung des Beklagten an der Firma liegen kann, ist diese zulässig.

b) Ein Verstoß gegen die §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i. V. m. § 3 Abs. 2 Nds. BOÄ läge darin ebenfalls nicht. Danach ist es Ärzten u. a. untersagt, im Zusammenhang mit der Ausübung ihrer ärztlichen Tätigkeit Waren abzugeben oder unter ihrer Mitwirkung abgeben zu lassen sowie gewerbliche Dienstleistungen zu erbringen oder erbringen zu lassen, soweit nicht die Abgabe des Produkts oder die Dienstleistung wegen ihrer Besonderheit notwendiger Bestandteil der ärztlichen Therapie sind. Das Verbot dient der Trennung merkantiler Gesichtspunkte vom Heilauftrag des Arztes (BGH, Urt. v. 2. Juni 2005 - I ZR 215/02, GRUR 2005, 875, 876 „Diabetesteststreifen“). Im Gegensatz zur Abgabe von Diabetesteststreifen, die Gegenstand der vorstehend zitierten Entscheidung war, ist die Mitwirkung des Arztes zur Versorgung der Patienten mit Hörgeräten medizinisch notwendig und wird daher von diesem Verbot nicht erfasst (vgl. BGH, a. a. O.)

c) Auch ein Verstoß gegen § 31 Nds. BOÄ ist nicht gegeben. Entgegen der Ansicht der Klägerin fehlt es bereits an einer Zuweisung im Sinne des § 31 Nds. BOÄ, da den Patienten - wie bereits unter Ziffer A. 2. aa) (2) dargelegt - anders als bei einer Zuweisung an einen konkreten Leistungserbringer vorliegend die Entscheidung überlassen bleibt, ob sie entsprechend der Empfehlung des Beklagten eine Hörgeräteversorgung über die Firma wünschen. Bereits aus diesem Grund ist die von der Klägerin zitierte Entscheidung des OLG Stuttgart vom 10. Mai 2007 - 2 U 176/06, die eine Beteiligung an einer Unternehmensbeteiligungsgesellschaft in Form einer GbR betrifft, deren Gewinn nach dem zunächst angedachten Konzept entsprechend dem Umfang der vermittelten Laboraufträge verteilt werden sollte, auf den vorstehenden Sachverhalt nicht übertragbar.

d) Die begehrte Unterlassung in Gestalt der Klageanträge zu Ziffer 1 a) bis 1 d) ergibt sich weder aus den §§ 3, 4 Nr. 1 oder 2 UWG noch aus den Art 7 bis 9 der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, weil bei Vorlage eines die Verweisung rechtfertigenden hinreichenden Grundes in dem aktienrechtlichen oder gesellschaftsrechtlichen Besitz des Beklagten oder naher Angehöriger an der Firma focus keine unangemessene unsachliche Einflussnahme oder eine Ausnutzung besonderer Umstände oder anderweitiger unlauterer Geschäftspraktiken zu erblicken sind.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 709 Satz 1 ZPO.

Gründe für die Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 1 ZPO liegen nicht vor.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren war für die Klageanträge insgesamt gemäß den § 48 Abs. 1 GKG, § 3 ZPO auf 30 000 festzusetzen

Dr. Knoke

Bormann

Rieke